



Informativo nº 151 de 07.02.2023

ÍNDICE

1. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FORMA MAIORIA SOBRE COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA_____p.03
2. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONCLUI JULGAMENTO SOBRE NÃO INCIDÊNCIA DE ISS SOBRE MATERIAIS UTILIZADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL _____p.04
3. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DECIDIRÁ SOBRE A EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO RELATIVOS À CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DO EMPREGADO E TRABALHADOR AVULSO E DO IRRF_____p.05
4. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO DECIDE QUE DÉBITOS ANTERIORES A ADIÇÃO DA LEI QUE INSTITUI O REFIS I, NÃO PODE SER AFASTADO PARA BENEFICIAR DEVEDORES_____p.06
5. TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS (TNU) DECIDE QUE NÃO INCIDE IR SOBRE O ADICIONAL HORA DE REPOUSO E ALIMENTAÇÃO_____p.08
6. PROJETO ESTABELECE NOVAS REGRAS PARA CÁLCULO DO VALOR DO ICMS _____p.09

7. NOVA PEC DE REFORMA TRIBUTÁRIA SIMPLIFICA ICMS E ISS_____p.11
8. PERSE E SIMPLES NACIONAL_____p.12



Este informativo foi redigido meramente para fins de informação e debate, não devendo ser considerado opinião legal para qualquer operação ou negócio específico. Direitos autorais reservados a Micheloni Adv.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FORMA MAIORIA SOBRE COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

O Supremo Tribunal Federal iniciou o ano com o julgamento de um dos temas mais relevantes em matéria tributária. Discute-se há anos se o contribuinte que obteve decisão judicial transitada em julgado, que declarou inconstitucional a cobrança de determinado tributo, perde automaticamente seu direito caso haja uma alteração de entendimento no âmbito do STF que considere a cobrança constitucional.

Muito embora o julgamento ainda não tenha terminado, na última quinta-feira (2 de fevereiro), o STF formou maioria (placar de 9 x 0) no sentido da cassação automática da coisa julgada que era favorável ao contribuinte, caso o Supremo Tribunal Federal julgue posteriormente a cobrança constitucional.

Os ministros entenderam que não é necessário o ajuizamento de ação rescisória para ser restabelecida a obrigatoriedade da cobrança, sob pena de violação a isonomia, com concessão de vantagem a determinados contribuintes. Para o Ministro Luis Roberto Barroso, que propôs a seguinte tese, ainda em análise final pela Cômte:

“As decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade, anteriores à instituição do regime de repercussão geral, não impactam automaticamente a coisa julgada que se tenha formado, mesmo nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo.

Já as decisões proferidas em ação direta ou em sede de repercussão geral interrompem automaticamente os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado nas referidas relações, respeitadas a irretroatividade, a anterioridade anual e a noventena ou a anterioridade nonagesimal, conforme a natureza do tributo”. (grifou-se)

O julgamento ainda prossegue, principalmente no que se refere a modulação de efeitos da decisão, ou seja, se a tese que for aprovada será aplicada retroativamente ou a partir apenas da conclusão desse julgamento.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONCLUI JULGAMENTO SOBRE NÃO INCIDÊNCIA DE ISS SOBRE MATERIAIS UTILIZADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL

O STF encerrou definitivamente, neste início de 2023, o julgamento sobre a sobre não incidência de Imposto Sobre Serviços sobre materiais utilizados na construção civil (Tema 247 da Repercussão Geral – RE 603.497). A matéria já havia sido analisada pelo Superior Tribunal de Justiça anteriormente, e a interpretação deste Tribunal foi ratificada pelo Supremo.

A análise se deu sob a sistemática da repercussão geral, portanto, aplica-se a todos os Contribuintes.

A conclusão a que se chegou é a de que apenas poderá incidir o ISS sobre materiais produzidos no local da prestação do serviço – portanto, que não estão não sujeitos ao ICMS. Com relação aos materiais trazidos de fora do local de prestação do serviço de construção civil, a incidência do ISS é inconstitucional e ilegal, de forma que os contribuintes fazem jus, não só, a deixar de recolher o tributo desta forma como também ao ressarcimento dos valores recolhidos indevidamente nos últimos 5 (cinco) anos, perante as respectivas Prefeituras que o assim tenham exigido.

Por se tratar de tributo municipal, o contribuinte acaba ficando mais sujeito a arbitrariedades. É muito provável que não haja, afastamento dessa cobrança, pelo menos num primeiro momento, adequação imediata e uniforme dos mais de 5.000 (cinco mil) municípios do Brasil, de forma que cabe a cada contribuinte analisar nos locais de operação, se houve, nos últimos 5 (cinco) anos, recolhimento do imposto com os materiais utilizados na construção civil indevidamente e, também, se permanece o risco de atuação em razão de o respectivo município não ter adequado sua legislação, e permanecer nesse intento.

Àqueles que tenham valores a receber ou se sintam compelidos a permanecer efetuando os pagamentos em razão de possíveis arbitrariedades cometidas pelos municípios, recomenda-se medida judicial específica.

O escritório Micheloni Advogados está à disposição para prestar esclarecimentos e dirimir eventuais dúvidas.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DECIDIRÁ SOBRE A EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO RELATIVOS À CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DO EMPREGADO E TRABALHADOR AVULSO E DO IRRF

O Superior Tribunal de Justiça irá definir, sob o rito dos recursos repetitivos (TEMA 1.036) se a contribuição previdenciária patronal poderá incidir sobre valores pagos a título de décimo terceiro salário proporcional ao aviso prévio indenizado. A incidência sobre o décimo terceiro (bruto) já foi reconhecida pelo STJ anteriormente.

A matéria será objeto de julgamento pelo Plenário do STJ, que fixará tese vinculante para todo o Judiciário. Atualmente, há orientação pacífica nas turmas do STJ quanto à incidência da contribuição, uma vez que, por se tratar de pagamento em caráter permanente, integra o conceito de remuneração.

Os processos que tratarem desta questão terão tido seu trâmite sobrestado e poderão voltar a tramitar com a observância obrigatória do entendimento a ser fixado pelo STJ.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO DECIDE QUE DÉBITOS ANTERIORES A ADIÇÃO DA LEI QUE INSTITUI O REFIS I, NÃO PODE SER AFASTADO PARA BENEFICIAR DEVEDORES

A 7ª Turma do TRF1 manteve decisão e negou o recurso quanto ao pedido de afastamento do limite temporal para adesão ao parcelamento fiscal de débitos tributários, estabelecido em 30 de novembro de 2008 pela Lei nº 11.941/2009. No caso em tela, o contribuinte possuía dívidas posteriores à lei e alegou que essa exigência feriu o princípio da isonomia.

A recorrente alegou que a adesão ao REFIS I, não contempla as empresas com dívidas vencidas após 30/11/2008 e que a exigência fere o princípio da isonomia,

pois, como inúmeras outras empresas em idêntica situação, não podiam aderir ao programa justamente porque não possuíam débitos vencidos com a Fazenda Nacional até 30/11/2008, posto que suas dívidas tributárias eram posteriores a esta data.

Nesse sentido, em seu voto, o relator desembargador federal Hercules Fajoses, citou entendimento da 7ª Turma segundo o qual o parcelamento tributário trata-se de favor fiscal facultativo, a exigir leitura estrita, sendo um benefício a que a empresa adere se quiser, sujeitando-se, de consequência, aos rígidos e expressos regramentos que legalmente o conformam e, que não cedem à só conveniência da devedora.

Portanto, a partir do entendimento já estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, de que o Poder Judiciário não pode atuar como legislador positivo (quando o Judiciário amplia o alcance da lei a situações que não estão regulamentadas) e conceder parcelamentos em detrimento das regras legalmente previstas.

**TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS (TNU)
DECIDE QUE NÃO INCIDE IR SOBRE O ADICIONAL HORA DE REPOUSO E ALIMENTAÇÃO**

A Turma Nacional, em sessão ordinária de julgamento em 7 de dezembro, decidiu, por maioria, negar provimento ao pedido de uniformização do tema que tratou da **incidência tributária do Imposto de Renda sobre o Adicional Hora de Repouso e Alimentação** (AHRA), fixando assim a seguinte tese:

*“Com o advento da Lei nº 13.467, de 13/7/2017, que deu nova redação ao § 4º do art. 71 da CLT e **estabeleceu expressamente a natureza indenizatória do pagamento operado pela supressão do intervalo intrajornada, habitualmente conhecido como Adicional Hora de Repouso e Alimentação (AHRA)**, conforme a proteção constitucional à saúde do trabalhador (arts. 7º, XXII, 194, caput, 197 e 200, II, bem como art. 5º, § 2º, c/c arts. 4º e 5º da Convenção 155 da OIT, incorporada ao direito interno pelo Decreto n. 1.254/1994, hoje consolidada no Decreto n. 10.088/2019 e no art. 7º do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, incorporado ao direito interno pelo Decreto n. 591/1992), **não incide Imposto de Renda sobre a verba paga a tal título**” - Tema 306.
(grifou-se)*

Cumprido esclarecer, a questão submetida a julgamento foi no sentido de definir se incide Imposto de Renda sobre o Adicional Hora de Repouso e Alimentação (AHRA) após o advento da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). Nesse prisma, o juiz federal Francisco Glauber Pessoa Alves, relator do acórdão, asseverou em seu voto que houve uma inovação legislativa na redação do § 4º do art. 71 da CLT, a qual prevê que a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

Salientou ainda que o trabalho que se preste em detrimento ao seu direito ao descanso e saúde é, portanto, fora do que habitualmente se exige e não possui aspecto salarial, mas, sim, indenizatório puro. A regra é que o intervalo de descanso seja sempre observado. Quando não o forem observados os requisitos específicos, o pagamento deverá ser de cunho puramente indenizatório. O magistrado pontuou que:

*“Na seara trabalhista deixaram de existir dúvidas sobre a magnitude do direito constitucional à saúde expressado no direito ao intervalo intrajornada, **a compensação pecuniária sob modalidade indenizatória e não mais remuneratória**. Muito menos pode valer-se a norma tributária infraconstitucional de uma abrangência que aniquile direitos assentados sob base constitucional clara (arts. 7º, XXII, 194, caput, 197 e 200, II), **à luz do sistema protetivo trabalhista com igual arcabouço constitucional, a partir da conformação normativa mais atual conferida pela Reforma Trabalhista**”.* (grifou-se)

PROJETO ESTABELECE NOVAS REGRAS PARA CÁLCULO DO VALOR DO ICMS

O Projeto de Lei Complementar nº 158/22 visa alterar a Lei complementar nº 63/90, que trata da distribuição dos repasses dos tributos recolhidos pelos Estados aos Municípios e pretende modificar o valor adicionado, fator que, mensura a riqueza gerada pelo ente, sendo utilizado para calcular a parcela de cada município na arrecadação do ICMS, principal imposto estadual.

Segundo a proposta, o valor adicionado negativo das empresas (quando há

um volume maior de entrada de mercadoria do que de saída), quando destinado à formação dos estoques, será compensado nos anos subsequentes em que for positivo. No que tange aos produtores rurais, esse mesmo valor adicionado deverá ser considerado somente no valor final da saída da produção, sem haver desconto no valor das entradas.

Com isso, a proposta visa resolver problemas relacionados à partilha do ICMS com os municípios. Um deles ocorre quando da implementação de novas empresas nos municípios, pois no período de formação de estoque, quando as entradas são maiores e as saídas, menores, ocorre um saldo negativo do valor adicionado, reduzindo, por via de consequência, a parcela do ICMS a que tem direito, atrapalhando de certo modo o programa dos gastos do município e atingindo indiretamente a população.

Já no que se refere aos produtores rurais, tal mudança tem como finalidade evitar que os insumos entregues pela indústria para os produtores que atuam em regime de produção integrada sejam debitados como entrada para efeitos de cálculo do valor adicionado, prejudicando os municípios.

Pela lei atual, o valor adicionado representa todas as saídas de mercadorias e serviços prestados no município, abatendo-se as respectivas entradas. Logo, quanto maior a movimentação comercial das empresas do município, será maior o valor adicionado, ou seja, haverá um elevado índice.

Esse projeto será analisado inicialmente nas comissões de Finanças e Tributação; e de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJ, para em seguida ser objeto de análise pelo Plenário da Câmara visando aprovação.

NOVA PEC DE REFORMA TRIBUTÁRIA SIMPLIFICA ICMS E ISS

A proposta de emenda à Constituição (PEC) de reforma tributária, apresentada pelo senador Oriovisto Guimarães, visa simplificar a cobrança dos impostos sobre o consumo, de modo que com a PEC 46/2022, o parlamentar busca unificar as leis estaduais, municipais e do Distrito Federal que regulam o Imposto sobre

Operações Relativas à Circulação de Mercadoria, sobre Prestações de Serviços – ICMS e do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS de modo a beneficiar cidadãos e setor produtivo.

O texto propõe a substituição das 27 legislações estaduais e do DF que tratam do ICMS e as milhares de leis municipais sobre ISS, por apenas 2 legislações de abrangência nacional, sendo uma para cada imposto.

Portanto, a PEC prevê a junção de duas leis complementares, de competência da União, para estabelecer normas gerais de direito tributário. No entanto, não haverá unificação de alíquotas, que continuarão sendo determinadas e ajustadas pelas leis dos Estados, do DF e dos Municípios, conforme a necessidade de arrecadação de cada ente subnacional.

Vejam, que a proposta não altera a carga tributária e nem prevê a geração de novas despesas para o Tesouro Nacional, visto que este não participará da gestão da mudança de padrão do ICMS e do ISS, sendo a unificação do processo gerida pelo conjunto dos estados e municípios.

Importante salientar ainda, que a PEC como as outras que tratam de reforma tributária, também estabelece a cobrança de ICMS e ISS no local de destino do consumo, sob o argumento de que a demanda de serviços públicos se dá no local onde o consumidor se encontra, e o valor dos impostos ficará sempre explícito em cada produto. Ele destacou que essa nova PEC, se distingue das demais que tinham por foco, o enfrentamento da complexidade tributária e de seus custos para a sociedade.

A nova proposta de simplificação do ICMS e do ISS terá mais facilidade de ser aprovada, porque traz mudanças que visam beneficiar as empresas com a redução de custos com gerenciamento tributário e, conseqüentemente, os consumidores terão maior clareza sobre o valor dos impostos em cada operação. Logo, também beneficiariam com a redução de custos das empresas.

PERSE E SIMPLES NACIONAL

O PERSE foi criado para conceder benefícios fiscais pela Lei n.º 14.148/2021. Nele, são beneficiadas as pessoas jurídicas dos setores de eventos e turismo, com a finalidade de mitigar os efeitos do estado de calamidade pública decorrente do COVID-19.

Dentre os benefícios há previsão de descontos de dívidas e alíquota zero de PIS/PASEP, COFINS, CSLL e IRPJ pelo prazo de 60 meses e, para os que comprovem redução do faturamento superior a 50% (cinquenta por cento) nos anos de 2019 e 2020, indenização baseada no valor das despesas com pagamento de empregados.

Ocorre que as Portarias que deveriam apenas fornecer instruções para inclusão e obtenção dos benefícios, acabou por impor restrições, limitações sem amparo na lei que instituiu o programa, violando assim a hierarquia das normas e isonomia tributária entre contribuintes que integram o mesmo segmento.

Nesse sentido os contribuintes tem buscado defesa ao Direito junto ao Poder Judiciário para afastar as limitações ilegalmente das Portarias n.ºs 7.163/21 e 11.266/22, onde de forma limitada, discute-se para além do CADASTUR, se as bintegrantes do Simples Nacional podem ou não auferir os benefícios.

A Lei Complementar n.º 123/2006 que instituiu o Simples Nacional veda o aproveitamento de créditos de impostos e contribuições abrangidos no regime, bem como que as ME's ou EPP's obtenham benefícios fiscais, na redação dos artigos 23¹ e 24². E a Instrução Normativa n.º 2.114 em seu art. 4º, § único³ da Receita Federal do Brasil também traz vedação expressa nesse sentido:

¹ Art. 23. **As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos** relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo **Simples Nacional**.

² Art. 24. **As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não poderão utilizar ou destinar qualquer valor a título de incentivo fiscal.**"

³ "Parágrafo único. **O benefício fiscal não se aplica às pessoas jurídicas tributadas** pela sistemática do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), **de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.**"

Não obstante, o debate vem ganhando força, e existem decisões judiciais permitindo a inclusão das ME's e EPP's no referido Programa Emergencial. Os argumentos e fundamentos jurídicos são relativos aos seguintes aspectos:

- 1 – O incentivo só foi promulgado após o prazo para as empresas optarem pela manutenção ou não ao regime simplificado;
- 2 – A Lei nº 14.148/2021 é posterior à LC 123/2006 (que rege o Simples Nacional), de modo que a norma especial posterior prevalece sobre a geral anterior;
3. – As micro e pequenas empresas merecem tratamento mais benéfico;
4. – A vedação configura afronta direta aos princípios Constitucionais da Igualdade e da Livre Concorrência;
5. – A intenção da Lei é clara no sentido de oportunizar uma retomada do setor composto de todos os regimes tributários;
6. A Lei nº 14.148/2021 não dispôs sobre a impossibilidade de as empresas optantes pelo Simples Nacional usufruírem os benefícios concedidos no âmbito do PERSE.

Com base em tais fundamentos, contribuintes vêm obtendo precedentes favoráveis, garantindo a aplicabilidade isonômica a todos os regimes tributários, inclusive ao Simples Nacional. A título de exemplo, menciona-se decisão judicial, proc. n.º 1009158-36.2022.4.06.3800, em que um restaurante obteve decisão favorável:

“(…)

Em relação à possibilidade das empresas enquadradas no Simples Nacional poderem se beneficiar do PERSE, merece prosperar a pretensão da parte autora.

*Na lei que instituiu o PERSE, **a intenção do legislador não foi de segregar um ou outro, mas sim oportunizar uma retomada do setor, composto por contribuintes de todos os tamanhos e regimes.** Por outro lado, **não consta na referida lei qualquer vedação ao benefício ou distinção de qualquer natureza.***

O tratamento diferenciado entre os contribuintes, ofenderia o art. 5º da Constituição Federal/88, bem como o art. 150, II do CTN:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à

segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)”

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
(...)

II – Instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;”

Assim, se o benefício não for estendido às empresas do Simples Nacional, **não se estará respeitando a livre concorrência**, o tratamento favorecido para as micro e pequenas empresas e sim agraciando-se as empresas de grande porte.” (grifou-se).

A matéria por certo não está pacificada, mas existem precedentes favoráveis nos Tribunais Regionais Federais e, diante da peculiaridade do tema, revela-se imprescindível o acompanhamento por profissional com expertise na matéria tributária.

Advogados responsáveis pela redação e revisão:

Ricardo Micheloni da Silva
Patricia Van der Put
Marcus Vinicius Gontijo
Beatriz da Silva Martinho
Nadine Van der Put
Pedro Henrique Freire

Av. Presidente Wilson, 228 – 4 andar
Centro – Rio de Janeiro
secretaria@micheloni.com.br
(21) 97429-4347